

EL RESPETO A LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS EN DERECHO CIVIL ARAGONÉS

LIVING WILL IN ARAGONESE CIVIL LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 313-330.

Fecha entrega: 18/06/2015
Fecha aceptación: 01/07/2015

Dra. AURORA LÓPEZ AZCONA
PROFESORA TITULAR (ACREDITADA) DE DERECHO CIVIL
Universidad de Zaragoza
alopaz@unizar.es

RESUMEN: Una cuestión de indudable actualidad es la referente a los diversos instrumentos que articula el Derecho para proteger la voluntad anticipada de la persona para el caso de que en un futuro no pueda tomar decisiones por sí ni gestionar sus asuntos personales ni patrimoniales. Ciertamente, esta materia no es singular del Derecho civil aragonés y ni siquiera del Derecho español. Sin embargo, su regulación en Derecho civil aragonés presenta unos caracteres singulares, en coherencia con la amplitud con que se configura en el mismo el principio de autonomía de la voluntad, hasta el punto de ser uno de sus principios inspiradores (el principio *standum est chartae*).

PALABRAS CLAVE: voluntad anticipada, autotutela, mandato de autoprotección, declaración de voluntades anticipadas.

ABSTRACT: A question of today is the reference to the various instruments that articulates the right to protect the will advance for the event that in the future can't make decisions for themselves or manage their personal or economic affairs. Certainly, this area is not unique in the Aragonese Civil Law and even the Spanish Law. However, its regulation in Aragonese Civil Law presents some unique characters, in consistency with the amplitude with which is set in the same the principle of autonomy of the will, to the point of being one of its guiding principles (the principle *standum est chartae*).

KEY WORDS: living will, self-guardianship, self-protection mandate, advance directives.

SUMARIO: 1. Planteamiento. - 2. La autotutela.- 3. El mandato de autoprotección.- 4. La declaración de voluntades anticipadas.

1. Una cuestión de indudable actualidad, vinculada al importante aumento de la esperanza de vida en los últimos años, tiene que ver con los instrumentos que articula el Derecho para proteger la voluntad anticipada de la persona para el caso de que en un futuro no pueda tomar decisiones por sí ni gestionar sus asuntos personales ni patrimoniales.

Ciertamente, esta materia no es singular del Derecho civil aragonés y ni siquiera del Derecho español, ya que desde hace unas décadas existe una tendencia de Derecho comparado en el ámbito sanitario y no sanitario, en la esfera personal y patrimonial, basada en la toma en consideración de la voluntad manifestada con anterioridad por el propio interesado, cuando todavía es plenamente capaz [PARRA LUCÁN, M.A.: “Voluntades anticipadas (autonomía personal: Voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos)”, en *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza (2006): El Justicia de Aragón, p. 79]. Sin embargo, no puede negarse que, tal y como se regula en Derecho civil aragonés, presenta unos caracteres singulares, en coherencia con la amplitud con que se configura en Derecho aragonés el principio de autonomía de la voluntad, hasta el punto de ser uno de sus principios inspiradores (el principio *standum est chartae*).

En cualquier caso, este respeto a la voluntad anticipada se considera expresión del respeto a la dignidad y a la libertad del individuo y lo cierto es que tanto en España como en los países de nuestro entorno, está inspirando la protección de los adultos. Por lo demás, se articula a través de tres instrumentos complementarios, en cuanto persiguen diferentes fines:

- a) la autotutela: con la que se trata de autogestionar la protección de la persona para el caso de que sea incapacitada judicialmente.
- b) el mandato de autoprotección: con el que se pretende autosolventar la situación en que una persona puede encontrarse cuando sus facultades físicas y/o psíquicas disminuyan considerablemente, en principio hasta la constitución de la tutela o curatela.
- c) la declaración de voluntades anticipadas: que se dirige a garantizar la dignidad de la persona en los momentos finales de su existencia.

Al análisis individualizado del régimen jurídico de cada uno de estos instrumentos en Derecho civil aragonés se dedican los epígrafes siguientes. No obstante, con carácter previo al análisis de cada uno de estos instrumentos, interesa clarificar cuando se rigen por la ley aragonesa, para lo que debemos necesariamente acudir a las normas conflictuales de los arts. 9 y ss. CC. Así, tratándose de la autotutela, es de aplicación el régimen del CDFA para aquellos que tengan vecindad civil aragonesa (criterio del art. 9.6 CC para las instituciones tutelares); y en lo que atañe a la declaración de voluntades anticipadas, para aquellos que tengan la residencia en Aragón (art. 3 Ley de Salud de Aragón). No obstante, en lo que hace al mandato de autoprotección, la cuestión se revela más compleja habida cuenta de la naturaleza híbrida de este instrumentos, a medio camino entre las instituciones tutelares y el contrato de mandato. Ante ello, son varias las posibilidades que se barajan en orden a su ley aplicable: si se defiende que es un instrumento de protección, se regirá por la ley personal del sujeto (art. 9.6 CC); si se considera medida de protección provisional, por la ley del lugar de residencia del mandante (art. 9.6 CC); y si se considera una forma representación voluntaria, por la ley de la Comunidad Autónoma donde se ejerciten las facultades conferidas (art. 10.11 CC) (PARRA LUCÁN, M.A.: *Voluntades anticipadas*”, cit., pp. 107-109).

2. La *autotutela* puede definirse, en una primera aproximación, como la facultad que se reconoce a una persona capaz para que, en previsión a su futura incapacitación, configure su régimen tutelar del modo que estime más oportuno [PARRA LUCÁN, M.A.: “Voluntades anticipadas”, cit., p. 98; y GARCÍA CANO, T.: “Autonomía y poderes preventivos”, en *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza (2006): El Justicia de Aragón, p. 117].

No es una figura estrictamente aragonesa, sino que se encuentra también regulada tanto en el art. 223.2 CC como, por lo que hace a los Derechos civiles territoriales, en el art. 222-4 CC de Cataluña [en adelante CCC] y en el art. 42 Ley del Derecho Civil de Galicia. Por lo que hace al Derecho civil aragonés, no fue incorporada al mismo hasta 2006 en virtud de la Ley 13/2006 de Derecho de la Persona. Con todo, el legislador aragonés le ha dotado de unos caracteres singulares, en consonancia con el principio *standum est chartae* del art. 3 CDFA.

La figura de la autotutela responde a la preocupación del Derecho por dotar a aquellas personas que sufren una merma de sus capacidades de un sistema de protección más flexible y respetuoso con su propia voluntad que el que se venía conociendo tradicionalmente ya no sólo en nuestro sistema jurídico sino en el de otros países de nuestro entorno. En otras palabras, tiene su

fundamento en el respeto a la voluntad y libertad de la persona (PARRA LUCÁN, M.A.: “Voluntades anticipadas”, cit., p. 96).

A este respecto interesa recordar que Derecho español una persona no puede ser privada de su capacidad de obrar sino en virtud de sentencia y siempre que concurra alguna de las causas de incapacitación previstas legalmente (arts. 199 y 200 CC). Por añadidura, el sistema tutelar español obedece al modelo de tutela de autoridad, de tal manera que corresponde a la autoridad judicial la constitución de las instituciones tutelares, a fin de dotar de la debida protección a los incapacitados (art. 231 CC). Sólo están excluidos de esta regla los menores e incapacitados que hayan sido declarados en desamparo por la Administración, los cuales quedan sujetos automáticamente a la tutela *ex lege* o automática de la Administración (art. 172 CC).

Por lo que hace al CDFA, estas previsiones se encuentran recogidas en los siguientes preceptos:

1º. El art. 34 que dispone que la capacidad de la persona que ha cumplido los catorce años y no ha sido incapacitada se presume siempre.

2º. El art. 38 que dispone que nadie puede ser incapacitado sino en virtud de las causas establecidas en la ley y por sentencia que determinará la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de protección al que quedará sometido el incapacitado.

El mismo precepto especifica que son causas de incapacitación aquellas enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma. Lo esencial, por tanto, no es padecer una determinada enfermedad física o mental sino que sea permanente en el tiempo, ya se manifieste de modo persistente o cíclicamente (STS 10 febrero 1986); y que, como consecuencia de la misma, la persona sea incapaz de gobernarse por sí misma, entendiéndose por tal la falta de idoneidad de la persona para gestionar sus intereses tanto materiales como personales, lo que incluye desde un punto de vista médico: la falta de autonomía en la actividad socioeconómica, la incapacidad de afrontar los problemas de la vida diaria y la incapacidad de atender sus necesidades físicas más elementales, como son la alimentación, la higiene y el autocuidado [GIL NOGUERAS, L.: “La disposición de bienes de menores e incapacitados”, en *Actas de los VIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza (1999): El Justicia de Aragón, pp. 356-358].

3º El art. 103 que atribuye la constitución de las instituciones tutelares a la autoridad judicial, quien habrá de nombrar y dar posesión del cargo a la persona designada, ya sea por el propio interesado o los titulares de la

autoridad familiar o, en su defecto, por el Juez. Sólo se exceptúa de esta regla la tutela automática de la Administración, en cuanto se constituye “ex lege” o por imperativo legal, como consecuencia de la declaración administrativa de desamparo de un menor o incapacitado.

Ahora bien, a la hora de designar la persona concreta a ejercer el cargo tutelar (la delación), el Ordenamiento Jurídico español atribuye preferencia a la delación voluntaria, esto es, a la designación efectuada ya sea por el propio interesado a través de la autotutela o por sus progenitores (art. 223 CC). Sólo en su defecto, corresponde a la autoridad judicial, ya no sólo constituir la institución tutelar, sino la designación de su titular, esto es, entra en juego la delación dativa (art. 234 CC).

Así resulta, por lo que se refiere al Derecho aragonés, de la lectura conjunta de los arts. 102 y 115 CDFA. Así, el art. 102.1, a la hora de enunciar los modos de delación, menciona el primer lugar la delación voluntaria u operada en virtud de disposición voluntaria en instrumento público; para referirse a continuación a la delación dativa o en virtud de resolución judicial; y en tercer lugar, a la delación legal o en virtud de la ley que se circunscribe a los menores e incapacitados declarados en desamparo. El mismo art. 102 en su aptdo. 2º precisa que la delación voluntaria es subsidiaria y complementaria de la voluntaria, lo que debe entenderse, de acuerdo con el art. 115, en el sentido que sólo en defecto, total o parcial, de delación voluntaria y eficaz, corresponde al Juez designar al titular de la institución tutelar y, en su caso, completar su régimen.

A partir de ahí, el CDFA admite dos modos de delación voluntaria: de una parte, la delación hecha por uno mismo o autotutela a que se refiere el art. 108; y de otra, la delación hecha por los titulares de la autoridad familiar –ya sean los padres o personas distintas; por este orden: padrastro/madrastra, abuelos y hermanos mayores-, incluso prorrogada o rehabilitada, delación que contempla el art. 110.

En particular, la delación hecha por uno o mismo o autotutela consiste en la facultad reconocida al propio interesado para que, en previsión a su futura incapacitación, configure su régimen tutelar de forma distinta a la prevista legalmente. De este modo, de acuerdo con el art. 108, el propio interesado puede:

a) “Designar a la persona o personas a desempeñar el cargo tutelar y sus sustitutos”

En caso de pluralidad de designados (máximo dos), corresponde, asimismo, al propio interesado concretar su forma de actuación, pudiendo ser

simultánea, -y en este caso, solidaria o conjunta- o sucesiva, según precisa el art. 112 CDFA. Complementario del art. 112, el art. 113 CDFA establece unos criterios de resolución para el caso de que concurran varias delaciones voluntarias incompatibles entre sí. En concreto, en su aptdo. 1º prevé que en caso de pluralidad de disposiciones de una misma persona prevalecerá la posterior en caso de que sean incompatibles.

b) “Excluir de las funciones tutelares a ciertas personas”

Esta facultad tiene una importante excepción en el art. 108.2 CDFA que prohíbe excluir del cargo tutelar a la entidad pública competente en protección de menores e incapacitados (el Instituto Aragonés de Servicios Sociales).

c) “Dispensar al cargo tutelar de algunas de las causas de inhabilidad”.

Las causas de inhabilidad se enumeran en el art. 125.1 CDFA e impiden ocupar cargos tutelares a personas por no considerarlas el legislador idóneas para desempeñarlo. Pueden responder a motivos muy variados: falta de preparación o de condiciones para el cargo, falta de confianza, falta de recursos económicos, conducta inapropiada, intereses incompatibles, etc.

En cualquier caso, con arreglo al art. 125.2 CDFA, el interesado sólo podrá dispensar las siguientes causas de inhabilidad:

- Las personas condenadas por cualquier delito que haga suponer fundamentalmente que no desempeñarán bien la tutela.
- Las personas que por su conducta puedan perjudicar a la formación de la persona protegida o que no dispongan de medios de vida conocidos.
- Las personas que tengan importantes conflictos de intereses con la persona protegida, en particular, que mantengan con ella pleito o actuaciones sobre el estado civil (p.ej. caso del titular del cargo tutelar que impugna, como heredero del padre, la filiación de la persona protegida) o sobre la titularidad de los bienes. O que tengan pendiente con la persona protegida una deuda de cuantía considerable.
- Las personas que hayan sido inhabilitadas para administrar bienes ajenos como consecuencia de un proceso concursal en el que el concurso haya sido declarado culpable, mientras dure la inhabilitación (de dos a quince años).

d) “establecer órganos de fiscalización para los cargos tutelares”, se entiende que complementarios a los previstos legalmente

Sobre esta previsión interesa aclarar que las funciones de vigilancia y control de los cargos tutelares se atribuyen por el art. 103 CDFA al Juez y al Ministerio Fiscal. Pero ello no obsta para que el interesado, a la hora de configurar su autotutela, establezca mecanismos de control adicionales de la actuación tutelar (en particular, mediante la constitución de la Junta de Parientes *ex* arts. 170 a 182 CDFA), ya que así se lo permite el art. 108 CDFA. Lo que no podrá hacer será excluir o limitar las funciones de vigilancia que competen legalmente al Juez y al Ministerio Fiscal [PARRA LUCÁN M.A. y LÓPEZ AZCONA, A.: “Las relaciones tutelares”, en AA.VV.: *Manual de Derecho civil aragonés*, 4ª ed. (director J. DELGADO ECHEVERRÍA). Zaragoza (2012): El Justicia de Aragón, p. 210; y GARCÍA CANO, T.: “Autonomía”, cit., p. 121].

e) En general, “cualquier otra disposición relativa a su persona y bienes”.

De este modo, el interesado podrá fijar una retribución al cargo tutelar, siempre que su patrimonio lo permita y sin exceder el 20% de su importe líquido (art. 105 CDFA). Igualmente, podrá autorizar a quien desempeñe el cargo tutelar a realizar aquellos actos patrimoniales a que se refieren los arts. 15, 16 y 17 CDFA sin necesidad de autorización de la Junta de Parientes o, en su defecto, del Juez (ex art. 107.3 CDFA, referido al administrador voluntario designado por el disponente a título gratuito). Y, asimismo, podrá nombrar un administrador de sus bienes distinto del cargo tutelar (art. 112 CDFA) (GARCÍA CANO, T.: “Autonomía”, cit., p. 122).

En cualquier caso, como precisa el art. 108 CDFA, la autotutela constituye una manifestación del principio *standum est chartae*, uno de los principios inspiradores del Derecho aragonés y, por ende, una de sus fuentes del Derecho, según resulta del art. 3 CDFA (SAP Zaragoza 8 abril 2010). Ahora bien, ello no significa que el interesado puede configurar su régimen tutelar sin límite alguno. Por el contrario, el contenido de la autotutela está sujeto a ciertos límites, tanto los derivados del *standum est chartae* de acuerdo con el art. 3 CDFA, como los específicos que fija el art. 108 del mismo cuerpo legal al regular la autotutela.

Así, en aplicación de los límites genéricos del *standum est chartae* el interesado no podrá incluir en su autotutela disposiciones que sean de imposible cumplimiento, que vulneren la Constitución Española o que sean contrarias a normas imperativa del Derecho aragonés.

Junto a estos límites genéricos derivados del *standum est chartae*, el art. 108 CDFA prohíbe específicamente a aquél que haga uso de la autotutela:

a) “Excluir al cargo tutelar de la función de vigilancia y control atribuidas al Juez y Ministerio Fiscal”

De acuerdo con esta previsión, el interesado no podrá: 1.- prohibir al Juez ni al Ministerio Fiscal recabar periódicamente informes sobre su situación personal y patrimonial, una vez incapacitado (art. 103.3 CDFA); 2.- suprimir la autorización judicial requerida legalmente para su internamiento en un establecimiento de salud mental o formación especial contra su voluntad (art. 36 CDFA); 3.- impedir al Juez la exigencia de prestación de fianza al cargo tutelar antes de su toma de posesión (art. 140 CDFA); 4.- eliminar la rendición de la cuenta general de la tutela al cese de la misma (art. 145 CDFA).

b) “Designar o excluir del cargo tutelar a la entidad pública competente en protección de menores e incapacitados”

Sobre esta previsión interesa recordar que la entidad pública competente en materia de protección de menores e incapacitados (el IASS) desempeña un doble papel en materia de tutela, debiéndose distinguir a tal efecto entre la tutela ordinaria y la tutela automática (PARRA LUCÁN M.A. y LÓPEZ AZCONA, A.: “Las relaciones tutelares”, cit., p. 211).

Así, en lo que hace a la tutela ordinaria, cuando entre en juego la delación dativa en defecto de delación voluntaria, el art. 116.1 CDFA la incluye en último lugar entre las personas que el Juez debe preferir para designar al titular del cargo tutelar. Ahora bien, tal designación por el Juez de la entidad pública sólo es posible, en principio (salvo que el Juez considere más adecuado alterar el orden legal para el interés de la persona protegida: art. 116.2), cuando no existan parientes o allegados. De este modo, resulta razonable que no se le permita al interesado derogar una competencia que la Administración tiene atribuida por ley ni tampoco alterar el orden de prelación fijado legalmente mediante la designación a la Administración como cargo tutelar con prevalencia a parientes y allegados.

En segundo lugar, el propio CDFA atribuye a la entidad pública la tutela automática de los menores o incapacitados declarados en desamparo por carecer de la necesaria asistencia moral o material (arts. 118 y 130.2). Por ello, parece sensato que, producida la situación de desamparo, no sea eficaz la exclusión voluntaria por el propio interesado de la tutela automática de la Administración.

Por añadidura, el otorgamiento de la autotutela está sujeto a unos determinados requisitos de forma y capacidad.

En lo que atañe a la forma, la autotutela sólo puede otorgarse en escritura pública, lo que, sin duda, permite una adecuada apreciación de la capacidad del otorgante por parte del notario autorizante, el correspondiente asesoramiento y es coherente con el sistema de publicidad ideado por el CDFA para la autotutela (GARCÍA CANO, T.: “Autonomía”, cit., p. 119). Queda excluido, por tanto, el documento privado y el testamento, aún el notarial.

Partiendo de la forma pública del otorgamiento, la eficacia *erga omnes* de la autotutela requiere que ésta goce de una adecuada publicidad, que en el CDFA se articula a través del Registro civil. A tal objeto, el art. 111 CDFA -de modo coincidente con el art. 223 CC- impone al notario autorizante el deber de comunicar de oficio la escritura al Registro Civil (remitir copia autorizada) para su “indicación” al margen de la inscripción de nacimiento del interesado -“inscripción” conforme al art. 77 LRC 2011, cuya vigencia está suspendida hasta julio 2015-. De este modo, el Juez, a la hora de declarar la incapacidad y constituir la tutela, habrá de recabar información al Registro civil a fin de comprobar si existen (o no) disposiciones sobre autotutela (art. 133.2 CDFA).

El documento de autotutela no es susceptible de delegación en terceros, no pudiendo otorgarse mediante apoderados, ya que se trata de una facultad personalísima a ejercitar por persona capaz (GARCÍA CANO, T.: “Autonomía”, cit., p. 118). A este respecto el art. 108 CDFA sólo permite su otorgamiento a “los mayores de edad con capacidad de obrar suficiente”, en vista a su posible incapacidad. Quedan excluidos, por consiguiente, los menores de edad (aún mayores de catorce años) y, asimismo, los mayores carentes de capacidad de obrar suficiente, esto es, aquellas personas que no estén en condiciones de entender y querer las implicaciones de la autotutela.

De cualquier modo, dado que la autotutela sólo puede constar en escritura pública, corresponderá al notario autorizante dar fe de que a su juicio el interesado tiene la capacidad legal requerida (art. 145 Reglamento Notarial). Aquí la cuestión que se plantea, muy polémica, es la relativa a si el notario puede negarse a autorizar una escritura de autotutela si considera que el otorgante carece de la capacidad necesaria o, por el contrario, debe autorizarla a sabiendas de la falta de capacidad del otorgante, como así parece resultar de la cuestionada STS 20 mayo 2008.

La cuestión de la capacidad requerida legalmente al otorgante se ha planteado en la jurisprudencia en la SAP Zaragoza 8 abril 2010: En el caso de autos, otorgada la escritura de autotutela por la interesada tras habérsele diagnosticado un Alzheimer en fase moderada, podría cuestionarse su validez,

si bien la intervención del notario autorizante goza del valor de presunción *iuris tantum* favorable a la capacidad de la otorgante.

Por último, la eficacia de la autotutela se supedita a la incapacitación del interesado en virtud de sentencia (art. 108 CDFA), momento en que el Juez habrá de determinar la concreta institución tutelar al que debe ser sometido el incapacitado (tutela o curatela, en atención a su grado de discernimiento) y nombrar a la persona o personas concretas a desempeñarlo (art. 760 LEC).

Ahora bien, desde el momento en que hay una autotutela, el Juez quedará vinculado por la voluntad del interesado expresada la misma, salvo que considere “por alteración sustancial de las circunstancias” el interés del menor o incapacitado exige otra cosa (art. 114 CDFA). En otras palabras, la sentencia de incapacitación y constitución de la institución tutelar deberá respetar, como regla, las previsiones del interesado en su documento de autotutela, de tal manera que el Juez sólo podrá apartarse de las mismas mediante decisión motivada cuando haya habido una alteración sustancial de las circunstancias entre el otorgamiento de la autotutela y la constitución judicial de la tutela; y siempre que así lo aconseje el interés del menor e incapacitado, circunstancias que, en cualquier caso, quedarán al arbitrio judicial. Esta previsión resulta coherente con el principio del *standum est chartae*. Por lo demás, viene a coincidir con lo dispuesto en el art. 178 CCC, no así con el sistema del CC (art. 234) donde la elección del cargo tutelar corresponde en última instancia al Juez.

3. Una figura distinta de autotutela, pero estrechamente relacionada con ésta, es la del *mandato de autoprotección o apoderamiento preventivo*, a que el art. 109 CDFA se refiere con la expresión “mandato que no se extingue por la incapacitación o incapacidad”.

Al igual que la autotutela, no es una figura exclusivamente aragonesa, toda vez que se contempla, asimismo, en el art. 1732.2 CC.

En Derecho aragonés, tal y como se configura por el art. 109 CDFA, consiste en un mandato otorgado por el interesado en previsión de una futura situación de incapacidad, a fin de permitir que una persona (ya sea física o jurídica) de su confianza gestione todos o parte de sus asuntos cuando él no pueda actuar por sí mismo, ya sea por una minusvalía física o psíquica. No debe olvidarse al respecto que no toda pérdida de capacidad es inmediata e irrevocable, sino que en algunos casos, -piénsese en la enfermedad del Alzheimer-, tal pérdida se produce de forma progresiva y, en consecuencia, la situación intermedia entre la plena capacidad y la incapacitación se prolongan en el tiempo. Igualmente, existen casos donde la

pérdida de capacidad es transitoria por lo que resulta poco útil acudir al mecanismo de la incapacitación. En todos estos casos resulta justificado acudir al apoderamiento como instrumento de previsión de la propia incapacidad.

En cualquier caso, el contenido concreto de esta figura no viene predeterminado por la ley a diferencia de las instituciones tutelares, sino que dependerá de las facultades que el mandante o poderdante quiera atribuir al mandatario o apoderado en cada caso. Así, puede configurarse como un mandato general (lo que implica encomendar al mandatario una gestión con alcance general, esto es, que comprenda la totalidad de los asuntos que incumben al mandante) o como un mandato especial (referido a uno o varios actos concretos). Asimismo, puede formar parte del contenido de tal mandato tanto la gestión del patrimonio del mandante como todo lo que afecte a su esfera personal, ya sea relativo a su cuidado personal (alimentos, acogimiento familiar, internamiento en una residencia geriátrica, o de salud mental, cuando las circunstancias así lo aconsejen), como a la aplicación de determinados tratamientos médicos o la realización de determinadas intervenciones sanitarias.

Otra diferencia con las instituciones tutelares radica en que el mandatario no está sujeto a los controles de vigilancia que fija el legislador para los cargos tutelares, lo que pueda resultar arriesgado cuando se atribuya con carácter general y no para un asunto concreto, desde el momento en que va a entrar en juego en caso de incapacidad del poderdante y, por tanto, cuando éste no pueda revocarlo. Con todo, de una parte, el mandante podrá establecer sus propias medidas de control; y de otra, el Juez tiene la facultad de extinguirlo al constituir la tutela o curatela o después a instancia del cargo tutelar.

Por lo demás, la singularidad de este mandato radica en las siguientes notas:

1ª. “se otorga preventivamente”: se confiere al mandatario en previsión de que el mandante no pueda actuar por sí, pero sin que exista todavía encargo de actuar. En otras palabras, a diferencia del mandato ordinario, esta modalidad de mandato no produce efectos desde su otorgamiento, sino sólo en caso de que el otorgante pierda la capacidad para actuar por sí. Esta circunstancia deberá apreciarse en su momento conforme lo dispuesto por el otorgante, bien haciendo constar en el mandato que sea el propio mandatario el que la aprecie, bien dejando a otras personas su apreciación p.ej. al notario autorizante o un médico (GARCÍA CANO, T.: “Autonomía”, cit., 124). A partir de ahí, el mandato de autoprotección puede configurarse de dos maneras [GARCÍA CANO, T.: “Autonomía”, cit., pp. 124-125; y BERROCAL LANZALOT, A.I.: “El apoderamiento o mandato preventivo como medida de

protección de las personas mayores”, *Portal Mayores* (2008), núm. 78, pp. 8-10].

Ya sea como un mandato que surta efectos sólo provisionalmente desde que la pérdida de capacidad del otorgante hasta su incapacitación en virtud de sentencia, siendo en ese momento sustituido por la representación legal correspondiente al tutor o curador. Esta es la fase natural del poder preventivo ante la necesidad de que alguien defienda los intereses de una persona, que por un lado, carece de capacidad y, por otro, carece de un representante legal porque todavía no se le ha incapacitado y no se le ha nombrado tutor.

O bien como un mandato que surta efectos desde la pérdida de capacidad pero con voluntad de que perviva después de la incapacitación, coexistiendo en este caso con la tutela o curatela.

2ª. De acuerdo con el art. 114.2 CDFA, “no se extingue por la incapacitación ni tampoco, en principio, por la declaración de incapacitación del otorgante” (a diferencia del mandato ordinario: art. 1732.2 CC).

No obstante, en caso de que el mandante sea incapacitado judicialmente, el mismo art. 114.2 faculta al Juez a declarar la extinción de tal mandato ya sea en el momento de la declaración de incapacitación y constitución de la institución tutelar, ya sea en un momento posterior a instancia del cargo tutelar.

De este modo, parece lógico que el Juez haga uso de esta facultad y revoque el mandato si éste se otorgó con alcance general, ya que, en caso contrario, ello implicaría la coexistencia de dos personas con facultades idénticas de representación, pero sometidas a un estatuto jurídico diferente, lo que no parece muy factible en la práctica: el tutor -en su condición de representante legal- y el mandatario -en su condición de representante voluntario-.

En cambio, en caso de haberse otorgado un mandato especial, será posible la coexistencia del tutor o curador con el mandatario especial, incluso en ocasiones ello será conveniente. Pensemos en el caso de un mandato de autoprotección otorgado por un empresario a una persona de su confianza para continuar una actividad empresarial concreta.

Asimismo, también puede defenderse la coexistencia de ambas figuras, en caso de que al mandatario se haya atribuido exclusivamente la gestión de los asuntos patrimoniales, correspondiente en este caso el nombramiento de un tutor persona al que corresponderá únicamente el cuidado de la persona del mandante (GARCÍA CANO, T.: “Autonomía”, cit., p. 128).

Con todo, para evitar estos problemas, lo habitual será que el interesado designe en un único instrumento a la misma persona como mandatario hasta su incapacitación y como tutor a partir de entonces.

3ª. A mi juicio, “no cabe la renuncia sin más de este mandato” (frente a la regla general del art. 1736 CC), debiendo, en su caso, el mandatario comunicar tal renuncia al Juez a fin de que adopte la medida de protección oportuna, en caso de que todavía no haya nombrado tutor o curador.

En otro orden de cosas, interesa advertir que el otorgamiento de esta modalidad de mandato requiere los mismos requisitos de capacidad y forma que la autotutela, esto es, de una parte, mayoría de edad y capacidad de obrar suficiente -entendiendo por tal, la aptitud de querer y entender el mandato otorgado-; y de otra escritura pública.

Partiendo de la forma pública del otorgamiento, el CDFA supedita la eficacia de este instrumento frente a terceros a su inscripción en el Registro Civil, al igual que la autotutela. A tal objeto, su art. 111 impone al notario autorizante el deber de remitir de oficio copia autorizada de la escritura al Registro Civil para su “indicación” al margen de la inscripción de nacimiento del otorgante del poder - a raíz de una Resolución DGRN 4/11/2013 que admite el asiento de los apoderamientos preventivos frente a la regla general del art. 284.3 RRC que impide el acceso al Registro Civil de los apoderamientos voluntarios; novedosamente el art. 77 LRC 2011 prevé su “inscripción”-. De este modo, el Juez, a la hora de declarar la incapacitación, recabará información al RC sobre la existencia de un mandato de este tipo, a fin de decidir si subsiste o no (art. 133.2 CDFA, en relación con el art. 109.2 CDFA).

4. Una última manifestación del respeto a la voluntad anticipada del propio interesado circunscrita al ámbito sanitario viene constituida por la *declaración de voluntades anticipadas* que regula, de una parte, el art. 15 Ley 6/2002 de Salud de Aragón y, de otra el art. 19 Ley aragonesa 10/2011 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte. También se contempla, bajo diferentes terminologías, en la Ley estatal Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, así como en las diversas normas sanitarias de ámbito autonómico (a saber: la Ley andaluza 5/2003, la Ley cántabra 7/2002, Ley catalana 21/2000, la Ley balear 1/2006, la Ley canaria 11/1994 y su Decreto de desarrollo 13/2006, la Ley 8/2003 de Castilla León, la Ley 6/2005 de Castilla-La Mancha, Ley extremeña 3/2005, ley gallega 3/2001, la Ley 9/2005 de La Rioja, la Ley 3/2005 madrileña, el Decreto núm. 80/2005 murciano, la Ley navarra 11/2002, la Ley valenciana

1/2003 y su Decreto de desarrollo 168/2004 y la Ley 7/2002 vasca).

Como su nombre indica, voluntades anticipadas es la expresión anticipada de los cuidados y tratamientos sanitarios que desea recibir una persona, llegado el caso de que se encuentre en situación de no poder expresar personalmente su voluntad.

Como regla, cuando el paciente no está en situación de prestar su consentimiento al respecto, éste se emite por representación por otras personas, en concreto el cónyuge o persona vinculada por análoga relación de afectividad o el pariente más próximo o allegado que se ocupe de él; y, en defecto de las anteriores, el Juez (art. 10 Ley aragonesa 10/2011). Sin embargo, con el otorgamiento de la declaración de voluntades anticipadas se permite prescindir de ese consentimiento por sustitución y que sea el propio interesado el que especifique las instrucciones precisas acerca del tratamiento médico que desea (o no) recibir cuando ya no pueda manifestar su voluntad (PARRA LUCÁN, M.A., “Voluntades anticipadas”, cit., p. 80).

Por consiguiente, el contenido esencial de la declaración de voluntades anticipadas se integra por las “instrucciones sobre el tratamiento médico a recibir por el interesado; instrucciones que el personal sanitario habrá de respetar”. Así, el art. 19.3 Ley aragonesa 10/2011 dispone, como regla, que “los profesionales sanitarios tienen obligación de respetar las instrucciones contenidas en la declaración de voluntades anticipadas”. No obstante lo anterior, tales instrucciones no habrán de ser tenidas en cuenta por los facultativos cuando concurra algunas de las circunstancias previstas en el art. 5.2 Decreto 100/2003 del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y el funcionamiento del Registro de Voluntades Anticipadas, a saber [OLIVAN DEL CACHO, J.: “Límites a las voluntades anticipadas”, en *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza (2006): El Justicia de Aragón, pp. 131-139]:

a) En caso de que “sean contrarias a la ley”: En particular, no resulta vinculante una instrucción consistente en la práctica la eutanasia activa -entendiendo por tal aquellos actos ejecutivos que suponen un acortamiento de la vida del paciente-, aunque ésta sea la voluntad del paciente, ya que en nuestro país se encuentra tipificada penalmente (art. 143.4 Código Penal). Sí se admite, en cambio, la instrucción consistente en la práctica de eutanasia pasiva, consistente en la no iniciación o interrupción de un tratamiento que contribuya a la prolongación artificial e innecesaria de la vida humana; y asimismo, la solicitud de suministro de los fármacos necesarios para atenuar el sufrimiento, aunque puedan producir un acortamiento de su vida.

b) Cuando sean “contrarias a la ética médica”, entendiendo por tal las normas deontológicas aprobadas por las respectivas corporaciones profesionales.

c) Y por último, “si no se adecúan al supuesto de hecho planteado en la realidad”, ya que sería contrario a la buena práctica clínica aplicar un tratamiento inadecuado, en cuanto previsto para otro supuesto de hecho, a una determinada patología. No obstante, en la práctica se predica una interpretación flexible de este límite, dado que no se puede exigir al otorgante del documento una previsión exacta respecto a su futura situación.

Como contenido complementario a las instrucciones sobre su tratamiento médico, el interesado podrá “designar de un representante” que actuará como interlocutor válido y necesario con el médico o el equipo sanitario, para que le sustituya en caso de no poder expresar su voluntad. En cualquier caso, personalmente entiendo que la función de este representante se limitará a vigilar el cumplimiento de las instrucciones del otorgante y a resolver las dudas que pueda plantear la interpretación de su voluntad expresada en la declaración de voluntades anticipadas, sin que pueda sustituir dicha voluntad ni modificarla; esto es, será un mero *nuntius* (en contra PARRA LUCÁN, M.A.: “Voluntades anticipadas”, cit., p. 84).

También podrá hacer constar, en su caso, “su voluntad de donar todos o parte de sus órganos para el caso de que fallezca”, siempre que cumpla los presupuestos de la Ley estatal 30/1979 sobre extracción y trasplante de órganos. Y finalmente, podrá especificar, si así lo desea, “los valores vitales que sustenten sus decisiones y preferencias”, lo que no es muy habitual en la práctica.

En cualquier caso, el otorgamiento de la declaración de voluntades anticipadas se supedita a unos determinados requisitos de edad y capacidad, así como de forma.

En cuanto a los requisitos de edad y capacidad, el art. 15.1 Ley aragonesa 6/2002 exige:

a) ser mayor de edad, menor emancipado o menor mayor de catorce años, en cuyo caso deberá actuar con la debida asistencia a que se refiere el art. 23 CDFA.

b) tener capacidad de obrar suficiente, en el sentido de estar en condiciones de entender y querer lo que implica el documento, independientemente de que se esté (o no) incapacitado judicialmente. Tratándose incapacitados judicialmente, el art. 15.3 Ley aragonesa 6/2002 les faculta expresamente para

otorgarlo, salvo que la sentencia de incapacitación diga lo contrario. Ahora bien, el mismo precepto prevé que “si el personal facultativo responsable de su asistencia sanitaria cuestionara su capacidad para otorgarla, pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, inste ante la autoridad judicial un nuevo proceso que tenga por objeto modificar el alcance de la incapacitación ya establecida”.

En lo que atañe a la forma requerida legalmente, según resulta de la lectura conjunta del art. 15.5 Ley aragonesa 6/2002 y del art. 3 Decreto 100/2003 del Gobierno de Aragón, puede otorgarse por escrito a través de tres vías diversas:

- a) ante notario, en virtud de acta notarial. No precisa testigos.
- b) en documento privado otorgado ante dos testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales uno no puede tener relación de parentesco hasta segundo grado ni estar vinculado por relación patrimonial con el otorgante.
- c) en documento privado ante el personal habilitado por el Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón.

Ya se otorgue por una vía u otra, “en el documento deberá constar la identificación de su autor, su firma, así como fecha y lugar de otorgamiento” (art. 15.2 Ley aragonesa 6/2002).

En cualquier caso, su eficacia se supedita a un doble presupuesto. Uno de índole formal que radica en su presentación, no necesariamente por el propio interesado, ya sea en el Registro de Voluntades Anticipadas (un registro administrativo dependiente del Servicio Aragonés de la Salud) o en el propio Centro sanitario donde va a ser atendido (art. 4 Decreto aragonés 100/2003). Y otro de índole material o sustantivo que consiste en la necesaria valoración por parte de las Comisiones de Valoración constituidas a tal efecto en los centros asistenciales de la Comunidad Autónoma, a fin de verificar que el documento cumple con los presupuestos legales. En cualquier caso, según clarifica el art. 15.2 Ley aragonesa 6/2002, la inscripción en el Registro de Voluntades Anticipadas no es obligatoria, pero sí recomendable para facilitar el acceso a los facultativos a tales documentos.

Finalmente, interesa señalar que, una vez otorgada la declaración de voluntades anticipadas, es susceptible tanto de revocación como de modificación ulterior, siempre que concurren los mismos requisitos requeridos para su otorgamiento, según dispone el art. 6.1 Decreto aragonés 100/2003). En caso de otorgamiento de un documento posterior, el mismo precepto en su aptdo. 2º formula la siguiente regla interpretativa, similar a la

que rige en materia de testamentos, según la cual “una declaración de voluntades anticipadas otorgada con posterioridad a otra revoca al anterior salvo que en el mismo se infiera la voluntad de que el anterior subsista, en todo o en parte”.